

L'OBJET DU PROCÈS CIVIL DANS LE DROIT ROMAIN CLASSIQUE

PAR

M. ANDRÉEV

(Sofia)

1. Dans la présente étude je me propose de considérer à nouveau un problème qui préoccupe depuis fort longtemps les romanistes et qui, de nos jours encore, fait l'objet de discussions passionnées. Il s'agit du procès civil dans le droit romain. La théorie de Wlassak très longtemps dominante¹, suivant laquelle le procès classique romain est un arbitrage organisé par l'Etat, est soumise aujourd'hui à de grandes critiques et à de sérieuses réserves². Dans un article aussi succinct que celui-ci il est évident qu'on ne saurait mettre en lumière tous ses aspects, ni même essayer d'en donner une solution d'ensemble. Il nous semble, cependant, qu'il n'est pas inutile d'étudier certains d'entre eux insuffisamment éclairés. Cette étude pourrait peut-être prouver qu'une théorie ne doit pas être considérée vieillie par le simple fait de son ancienneté.

L'œuvre de Nicolau est un excellent témoignage de la justesse de notre pensée, et c'est pourquoi je tiens à dédier ces pages à la mémoire de ce savant réputé, malheureusement trop tôt enlevé à la science du droit romain.

2. Le problème de la nature du procès civil romain dans le droit classique romain peut être considéré à de nombreux points de vue et sous de nombreux aspects. Je ne voudrais examiner ici qu'un seul d'entre eux, notamment l'objet du procès

¹ M. Wlassak, *Litis contestatio im Formularprozess*, 1889, Idem, *Accipere iudicium*, dans RE, I, p. 140—141. La théorie de Wlassak est acceptée sans réserve ou bien avec certaines modifications par L. Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, 1925, p. 131; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, VIII^e éd. revue et mise à jour par P. Senn, 1929, p. 1073; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1908, p. 49, 50; V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, X^e éd., 1949, p. 108; E. Betti, *Diritto romano, parte generale*, 1935, § 85, p. 449; E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, II^e éd., 1928, p. 877; O. Lenel, ZSS, RA, t. 15, p. 374—392, t. 24, p. 329—343; I. Pokrovskiy, *История римского права*, 1924, p. 154; I. Bazanov, *Курс по римско, право*, II, 1940, p. 262; M. Andréev, *Римско частно право*, II^e éd., 1962, p. 69.

² Cf. F. Schultz, *Classical Roman Law*, Oxford, 1954, p. 15, 16, Luzzatto, ZSS, RA, t. 73, p. 31, N. 2 et surtout G. Jahr, *Litis contestatio*, Köln und Graz, 1960.

civil dans le droit romain. L'objet de la procédure formulaire n'a pas retenu — à ma connaissance — l'attention particulière des romanistes, du moins dans le sens où j'aimerais l'exposer ici.

Pour pouvoir déterminer exactement l'objet de la procédure formulaire il faudrait avant tout voir comment elle débute. Les textes du Digeste mentionnent le début du procès par le terme *accipere iudicium* (D., 5, 1, 28, 2); *iudicium coeptum* (D., 46, 8, 15); *accipientis... iudicium* (D., 26, 8, 15). *Accipere iudicium* qui est assimilé à la *litis contestatio* et marque le début du procès civil ne signifie que l'obtention, ou plus exactement, l'acceptation de la formule écrite, délivrée par le magistrat. C'est ici que se pose la question: laquelle des parties accepte la formule du magistrat et, partant, marque l'ouverture du procès. Au premier abord il semble parfaitement normal que ce soit le demandeur qui accepte la formule du magistrat, car c'est lui qui réclame la délivrance d'une formule déterminée du magistrat. Cependant cette construction qui s'impose par sa simplicité n'est pas aussi satisfaisante qu'elle le paraît à première vue. Le demandeur qui réclame du magistrat une formule pour défendre ses droits, va naturellement obtenir cette formule, sauf dans le cas où, dès présentation de sa requête, il est évident que celle-ci est inadmissible. Toute la question est de savoir si précisément la réception de la formule par le demandeur constitue un début du procès. Si nous considérons que la réception de la formule par le demandeur signifie non seulement la clôture des préparatifs du procès, mais les débuts mêmes du procès, il devient évident que nous éliminons purement et simplement la participation du défendeur dans l'introduction de ce procès. Or, on sait que le procès, et surtout le procès comportant une contestation de la demande, par sa nature suppose la participation de deux parties — demandeur et défendeur. Tout ceci montre que la théorie examinée sur le début du procès, non seulement n'est pas naturelle et imposée par les particularités du procès romain, mais qu'elle est absolument impossible. Même si aucun texte n'était parvenu jusqu'à nous concernant les débuts du procès classique nous devrions la rejeter. Or, nous possédons des textes sur les débuts de la procédure formulaire. Dans ces derniers l'*iudicium accipere* est indiqué comme un acte du défendeur. Cet acte est opposé à celui par lequel le demandeur sollicite la protection de la loi — *edere iudicium*. Ainsi, dans D., 26, 8, 15 Marcien note *accipientis et edentis iudicium idem tutor auctor utrique fit* — qu'un même tuteur peut être *auctor* aussi bien de celui qui demande que de celui qui se défend, en d'autres mots du demandeur et du défendeur¹. Nous trouvons cette même opposition de *petere iudicium* comme action du demandeur et *accipere iudicium* comme action du défendeur dans le texte interpolé D. 46, 8, 15, où le classicisme des termes *petere* et *accipere iudicium* est certain². Il est d'ailleurs évident que les textes désignent par les termes *accipere iudicium* la conduite du défendeur et non pas celle du demandeur et, par conséquent, après l'acceptation de la formule par le demandeur elle doit l'être aussi par le défendeur.

¹ Le classicisme de ce texte n'est pas contesté, v. *Index interpolationum*, t. II, c. 141.

² D., 46, 8, 15 — Paulus l. XIV, *ad Plautium*. D'après Eisele, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, 1896, 152, n. 2 les mots *amplius non* sont interpolés; d'après Lenel, *Palinogenesia*, fr. 1206 sont interpolés les mots *satis iudicio sistendi causa*, au lieu desquels on a employé le terme *uadimonium*. Mais ni Eisele ni Lenel ne considèrent interpolée la partie restante du texte et spécialement les termes *iudicium petitum* et *iudicium coeptum*. Il n'existe pas de doutes sur l'authenticité de ces termes, v. *Index interpolationum*, t. III, c. 476.

Mais le comportement du défendeur concernant l'acceptation de la formule ne saurait être compris comme une action isolée, sans relation avec le comportement d'une autre personne. L'acceptation de la formule par le défendeur suppose une proposition d'acceptation, et par conséquent la délivrance de la formule. Les textes du Digeste dans lesquels par le terme *accipere iudicium* on désigne non seulement la conduite du défendeur mais aussi la proposition du demandeur qui la précède établissent assez nettement que cette remise est effectuée par le demandeur qui réclame du magistrat la délivrance de la formule pour la défense de ses droits (*edere iudicium*). Ainsi dans D. 12, 1, 42 Celsus emploie le terme *iudicium inter me et Seium acceptum*¹. Dans le texte de D., 46, 3, 95, 10 on trouve la phrase *iudicio cum altero accepto*².

Ainsi donc on voit que par le terme *accipere iudicium* les jurisconsultes romains désignaient non seulement le comportement du défendeur, mais aussi la proposition du demandeur, en réponse de laquelle on recevait la formule de la part du premier. En d'autres mots *accipere iudicium* ne signifie pas seulement la réponse du défendeur, mais tout l'acte bipartite dont cette réponse n'est qu'une partie.

Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi cet acte bipartite doit son nom à la conduite du défendeur. En pratique l'ouverture du procès dépend exclusivement du consentement du défendeur d'y participer. Du moment qu'on désire que le défendeur accepte la formule et consente de prendre part au procès, cette acceptation ne constitue pas seulement l'un des éléments qui marque le début du procès. Pratiquement, c'est l'élément qui a une valeur et une importance essentielle. Le demandeur de par sa qualité de demandeur est en principe toujours celui qui a intérêt à intenter le procès. Par conséquent, l'ouverture du procès ne dépendra que du défendeur.

On voit donc que le terme *accipere iudicium* par lequel dans le droit classique romain on désigne le début du procès civil suggère aussi bien le caractère bipartite de l'acte marquant le début du procès que la nature juridique de cet acte. *Accipere iudicium* suggère que l'acceptation du procès effectuée par le défendeur suppose une proposition du demandeur d'où s'ensuit son acceptation. Et l'acte bipartite qui comprend proposition et acceptation provoquant la naissance de conséquences reconnues et sanctionnées par le droit n'est en somme qu'un contrat.

Ceci est certainement vrai car certains textes, dont l'origine classique ne saurait être mise en doute dans leur partie essentielle, indiquent expressément que par sa nature juridique l'acte par lequel on intente un procès civil dans le droit romain est un contrat. En premier lieu nous devons citer ici le texte de D., 15, 1, 3, 11. Pour justifier la responsabilité du père sur ce qui a été adjugé au créancier en vertu d'une demande contre le fils détenteur d'un *peculium*, le texte montre que tout comme par stipulation on conclut un accord avec le fils, ainsi aussi par un procès on conclut un contrat — *nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi*. C'est pourquoi tout comme le père répond pour les enga-

¹ D., 12, 1, 42. Le texte n'est pas interpolé, *Index*, t. I. c. 165, Suppl. I c. 179.

² D., 46, 3, 95, 10. Le texte a été substantiellement remanié et de nombreux auteurs le considèrent entièrement douteux. V. les auteurs cités dans *Index Interpolationum*, t. III. c. 458 Schultz, Lévy, Biondi, Beseler. De toute façon on rencontre le terme *iudicium accipere* dans de nombreux textes dont l'origine classique est certaine (cf. ci-dessus).

gements contractuels de son fils auquel il a donné un *peculium*, il répond ainsi aussi pour les engagements provenant d'un procès contre ce dernier¹.

La notion de la nature contractuelle du procès est utilisée dans le texte D., 27, 3, 22 pour justifier le privilège du mineur mis sous tutelle dans le cas considéré dans ce texte².

3. Le contrat passé entre le demandeur et le défendeur, et en vertu duquel on marque l'ouverture du procès est caractérisé par la manière dont il est conclu, ainsi que par son contenu. Ce contrat est conclu par l'acte du demandeur qui transmet la formule au défendeur et par l'acte de ce dernier qui l'accepte. En l'occurrence, il n'est pas très important d'établir si cette transmission a toujours consisté dans la dictée de la formule par le demandeur et dans son inscription par le défendeur, comme l'indiquent plusieurs textes (entre autres, D., 15, 1, 50, 2; 46, 7, 13, 1) et comme le pense Lenel³, ou bien si d'autres formes étaient possibles — telles que la transmission de la copie de la formule remise personnellement par le demandeur entre les mains du défendeur, ainsi que le pense Wlassak⁴.

Il nous semble plus important et caractéristique de relever que la conclusion du contrat entre le demandeur et le défendeur se faisait toujours par trans-

¹ D., 15, 1, 3, 11. Sur l'origine classique du texte considéré, aucuns doutes n'ont été exprimés jusqu'ici. Tout au contraire, il existe des indications suffisantes qui montrent que le texte — plus particulièrement dans les passages qui nous intéressent — ne saurait provenir que du droit classique. Laissons les arguments que nous fournissent dans ce sens les textes cités plus haut de D., 46, 8, 15 et D., 26, 8, 15. Laissons également le terme *iudicium accipere* que l'on rencontre dans tant de sources sûres, telles que les œuvres de Gaius et Cicéron, ce qui rend leur classicisme incontestable. Passons directement à la *litis contestatio* de la procédure extraordinaire du Bas-Empire. Dans ce procès la *litis contestatio* cesse d'être un contrat formel par lequel les parties posent les débuts du procès. Ici la *litis contestatio* marque le moment auquel le demandeur expose les fondements de sa requête, et le défendeur — ses objections. Il ne saurait cependant pas même être question d'un contrat car le début du procès ne dépend plus du fait que le défendeur donne ou non son consentement d'y participer. *Lis enim tunc uidebitur contestata cum iudex per narrationem negotii causam audiri coeperit*, Iust. C., 3, 9, 1. *Cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem obiectam*, Iust. C., 3, 1, 14, 1; Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, 1925, p. 278; Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, II^e éd., 1928, p. 892. Ce changement dans la nature de la *litis contestatio* montre parfaitement que le texte considéré n'est pas interpolé. En même temps ce changement de l'institution explique pourquoi sa nature juridique est examinée dans un texte du Digeste qui ne traite pas directement cette matière. Après ce changement la construction classique de la *litis contestatio* ne pourrait subsister que dans un tel texte, que les collaborateurs de Tribonien n'ont pas jugé nécessaire de changer, ou bien ont omis simplement de changer. Il est peut-être opportun de relever que les conséquences de la *litis contestatio* établis dans les *Institutiones* de Gaius (III, 180) reposent sur la même notion exprimée dans le texte d'Ulpien conservé dans le *Digeste*. L'obligation faisant l'objet du procès est éteinte par la *litis contestatio* si le procès est un *iudicium legitimum*, car c'est alors que l'obligation originelle cesse et le défendeur commence à répondre en vertu de la *litis contestatio*. Il est important de relever ici que tant l'extinction de la prétention matérielle, que la naissance du nouveau droit apparaissent comme conséquences de l'activité des parties dans la *litis contestatio*. Il n'est d'ailleurs pas difficile de saisir la construction juridique du contrat aussi d'après les conséquences rattachées à la *litis contestatio*. Cf. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, p. 333.

² D., 27, 3, 22 — Paulus 1, XIII *Quaestionum*: *Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit*. Frese, *Stud. Bonfante*, 4, 443, 203 admet que le mot *defensor* est interpolé à la place d'*actor* v. *Index interpolationum*, t. II, c. 161. L'interpolation mentionnée par Frese ne nous intéresse pas en l'occurrence, car elle n'affecte pas la nature contractuelle de la *litis contestatio*.

³ Lenel, ZSS, RA, t. XV, p. 374—392; XXIV, p. 329—343.

⁴ V. Wlassak, *accipere iudicium*, dans RE, I, 1894, c. 140—141.

mission et acceptation d'une formule délivrée par le magistrat, dans laquelle on indiquait le différend que le juge était appelé à trancher, ainsi que son mode de résolution. Le juge devait condamner le défendeur si on établissait les prémisses mentionnées dans la formule ou bien l'acquitter dans le cas contraire. Par conséquent, la participation du magistrat lors de la conclusion du contrat procédural entre les parties ne doit en aucun cas être sous-estimée.

Il est vrai que les parties établissent l'ouverture du procès par la conclusion d'un contrat entre eux, et le magistrat ne peut organiser ce procès sans que soit intervenu un accord entre eux. Les mesures coercitives que le magistrat peut prendre pour obliger le défendeur de donner son consentement pour l'organisation du procès n'infirmen en aucune façon tout ce que nous venons de relever, mais tout au contraire le confirment. Les mesures de coercition pour obtenir le consentement du défendeur de participer au procès montrent que ce consentement est nécessaire pour organiser le procès. Mais, d'autre part, les parties peuvent passer un contrat pour l'ouverture du procès seulement par l'acceptation d'une formule délivrée par le magistrat.

La teneur du contrat conclu entre les parties est, par conséquent, conditionnée par le texte de la formule du magistrat. Par la remise de la formule par le demandeur et son acceptation par le défendeur, les parties consentent à ce que le défendeur soit condamné si on établit que les prétentions émises dans l'intention de la formule sont fondées, ou bien acquitté dans le cas contraire. En d'autres mots, les parties passent un contrat, dont la teneur est non seulement approuvée, mais préalablement établie par le magistrat. Ces particularités du contrat par lequel les parties établissent l'ouverture d'un procès civil dans le droit classique romain désignent nettement son aspect. Par sa nature ce procès n'est qu'un arbitrage dont l'organisation se rattache à l'Etat. Le juge est un arbitre (dans certains cas sa dénomination technique est celle d'*arbiter*, dans d'autres *iudex*) qui tranche le différend entre les parties dans l'esprit dans lequel a été rédigé le texte dans la formule délivrée par les organes compétents.

4. La nature du procès classique romain étant établie ainsi, on peut donner une solution du problème qui nous intéresse.

On pourra recourir à un contrat d'arbitrage seulement lorsqu'il existe entre deux ou plusieurs parties un litige; l'objet de ce contrat d'arbitrage ne peut être autre que le litige existant entre les parties. Dès le début, lorsqu'il vient remplacer une justice privée, l'arbitrage avait pour objet un litige portant sur la chose due, la réparation du dommage. En l'absence d'un différend entre les parties sur la chose litigieuse et son montant, l'arbitrage est impensable. Il est impossible par la suite aussi dans l'absence d'un différend que l'arbitre est appelé à trancher. L'arbitrage est également impossible dans le cas où il n'y a pas un différend de droit organisé par l'Etat à l'aide d'une formule délivrée par le magistrat compétent.

La structure bien connue de la formule¹ fait savoir qu'il existe entre les parties dans ce cas un différend entre le demandeur et le défendeur, et que l'objet du procès consiste précisément à faire trancher ce litige par le juge.

5. La formulation et la solution du litige existant entre les parties a été facilitée par le système des actions adoptées dans le droit romain. Dans ce dernier,

¹ Gaius, IV, 41—50; cf. Lenel, *Edictum perpetuum*, III éd., 1927, § 95, 2.

l'action n'est pas un droit public abstrait dirigé vers l'Etat et ne comprenant qu'une demande de défense légale. Dans le droit romain l'action est indissolublement liée au droit matériel et constitue un tout avec ce dernier. Pour nous en convaincre il suffit de lire le début du quatrième commentaire des *Institutes* de Gaius dans lesquels on détermine l'action personnelle comme une action dirigée contre une personne qui s'est engagée envers nous en vertu d'un contrat, ou d'un délit, de donner, de faire ou de fournir une prestation et l'action de droit réel comme une action existant au moment où on affirme, soit qu'une chose matérielle nous appartient, soit qu'un droit réel nous appartient — par exemple le droit d'usufruit ou d'usage, ou encore celui de passage ou d'écoulement des eaux, etc. (G. IV, 2—3).

Un certain nombre de textes viennent attester que l'action romaine comprend aussi le droit matériel qu'elle défend. De ces textes il appert que la naissance de l'action est conditionnée par la réalisation préalable de certains faits. Ainsi, Gaius dans son exposé sur les actions noxales dit que lorsqu'un fils a commis un délit contre son père, ou un esclave envers son maître, il ne se produit pas d'action noxale, car, comme le mentionne Gaius — entre moi et une personne en puissance une obligation ne peut naître (G. IV, 78).

Nous trouvons cette même opinion dans un fragment interpolé de Hermogénien, dans lequel cependant le passage du fragment qui nous intéresse n'est pas déformé. Dans ce fragment Hermogénien cite un cas où un délit fait naître plusieurs actions (D. 44, 7, 32): *Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum. Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut euenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas uarietates optinuit.*

Le texte D. 47, 10, 15 mentionne également que l'action résulte de certains faits juridiques: *Iniuriarum, quae ex conuicio nascitur, in heredes non est reddenda: sed nec heredi.*

Il est intéressant de relever que dans les textes cités la naissance de l'action n'est pas liée à l'infraction de ce droit matériel que l'action est appelée à défendre, mais se rattache directement aux faits juridiques¹ qui donnent naissance au droit matériel en question. Or, c'est précisément ce qui montre que l'action comprend aussi le droit matériel.

Il est vrai que l'action n'épuise pas toujours le contenu du droit matériel qu'elle est appelée à défendre. Ce cas existe seulement pour les droits relatifs, principalement des droits d'obligations. Pour les droits absolus — l'action de droit réel n'épuise pas le contenu du droit matériel, mais le défend dans un des nombreux cas possibles d'infractions². Dans ce cas on n'arrive pas à confondre

¹ A ce sujet v. aussi M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I. Abschnitt, München, 1955, p. 197.

² Contra Wlassak, *actio* dans RE, I, 1894, c. 315 et Kaser, *op. cit.*, p. 197 qui nient l'existence de rapports de droit réel entre celui qui est titulaire du droit réel et l'obligé en vertu des mêmes rapports de droit. Mais il nous semble que Wlassak se contredit, car d'une part il affirme que le droit romain d'une époque plus tardive qui, n'exigeant pas la présence de la chose réelle *in iure*, ne connaît pas le vrai *agere in rem* (c. 314), et de l'autre il admet que le droit romain ne connaît pas le droit de poursuite réel (*dinglicher Anspruch*) et que le défendeur n'a des rapports d'obligations (*Verpflichtungsverhältnis*) qu'après la *litis contestatio* avec le demandeur (c. 315). Mais du moment que Wlassak affirme que le droit romain après *legis actio sacram in rem* ignore le vrai *agere in rem*, il doit admettre qu'après le *sacramentum* l'action *in rem* romaine crée des rapports de droits entre le demandeur et le défendeur. Wlassak fonde sa conception suivant laquelle le droit romain ignore de semblables rapports de droit, c.à.d. des droits de poursuite réels en se basant sur la règle *inuitus nemo rem cogitur defen-*

le droit matériel et l'action, et c'est pourquoi il est difficile de formuler une définition générale valable qui comprenne aussi bien les actions personnelles que les actions réelles dans le système des actions admises par le droit romain.

Mais pour les juristes classiques le problème d'une définition de l'action ne se pose pas, car ils s'intéressent non pas à « l'action » mais « aux actions » — soit à de nombreuses actions qui se sont cristallisées en tant que figures juridiques différentes et individualisées. Le célèbre fragment de Celsius qui définit l'action comme un droit de rechercher son dû au moyen d'un procès (D., 44, 7, 51: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi*) ne convient qu'aux actions personnelles¹. L'interpolation de ce texte est certaine.

Ainsi, les actions romaines mettent en évidence l'existence de deux éléments, l'un de droit public, l'autre de droit privé. L'élément de droit public c'est la possibilité de s'adresser au magistrat pour lui demander la protection de la loi. En même temps que cet élément de droit public il y a celui de droit privé — le droit matériel qui n'est pas dissocié de la possibilité juridique de sa défense procédurale, mais indissolublement lié à cette possibilité². Cette nature des actions romaines explique

dere qui s'oppose à la règle en vigueur pour les actions personnelles de D., 15, 1, 21, 3. De fait, selon nous, l'absence d'un procès réel aussi dans le cas considéré est dû non pas à l'absence de rapports de droit existant avant la *litis contestatio* entre le demandeur et le défendeur, mais à l'absence d'un litige concernant l'action réelle introduite par le demandeur. La *litis contestatio* ne pourrait créer des rapports de droit entre le demandeur et le défendeur si de tels rapports n'existaient pas auparavant, car comme l'indique aussi Wlassak, la *litis contestatio* par sa nature juridique dans le droit romain classique est un contrat d'arbitrage, et tout contrat d'arbitrage suppose des rapports litigieux existant entre les parties, soit des rapports de droit existant antérieurement entre elles. C'est précisément sur ces rapports de droit réel existant que les parties peuvent obtenir une entente en soumettant le litige à la décision d'un arbitre. L'existence préalable de rapports litigieux est une condition préliminaire indispensable pour un arbitrage. L'existence de semblables rapports de droit n'exclut en aucune façon la notion romaine de la nature du droit réel comme rapport entre la chose et le sujet, mais tout au contraire est une conséquence indispensable de cette conception. Les rapports de droits entre le sujet et la chose ne pourraient être traités comme reconnus et défendus par la loi sauf si les autres sujets sont obligés de les traiter comme tels.

¹ V. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1908, p. 31 n. 2; Kaser, *op. cit.*, p. 197 et les auteurs cités dans l'*Index interpolationum*, III, c. 368.

² La doctrine de Windscheid est à la base de notre conception sur la nature de l'*actio* romaine. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, IX^e éd. 1906, p. 190. Windscheid a montré très justement que selon la conception des juristes romains la possibilité d'une défense judiciaire n'est pas indépendante du droit de poursuite, et qu'en citant l'*actio* les juristes romains ont toujours en vue et plus particulièrement le droit matériel en même temps que la possibilité de sa défense par voie judiciaire. C'est pourquoi l'action ne peut être définie ni comme un nouveau droit issu d'une infraction d'un droit antérieur comme le pense Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, 1849, V, §§ 201, 205), ni comme une possibilité de réclamer la protection de la loi dans le cas d'une infraction du droit existant comme le pensent Puchta, Rudorff, Wächter, Unger. Sur certains côtés faibles dans l'édification et l'argumentation de Windscheid de sa théorie sur la nature du droit de poursuite (*Anspruch*) et du droit (*Recht*) cf. Binder, *Prozess und Recht*, 1927, p. 18—21. Et pourtant si on néglige certaines inexactitudes, la doctrine de Windscheid éclaire d'une manière plus complète et plus exacte l'action romaine que les théories de Bekker et Binder qui formulent d'une manière unilatérale aussi bien la nature de l'action que ses rapports avec le droit matériel, et plus particulièrement envers l'obligation. L'obligation n'est pas le résultat d'une action, comme le pense Bekker (*Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, 1871, p. 387); elle ne s'identifie pas non plus entièrement avec la défense légale, comme le pense Binder, selon lequel le droit privé n'existe que dans la défense légale et par elle (Binder, *Prozess und Recht*, p. 47). Dans une évolution normale des rapports juridiques lorsqu'on n'aboutit pas à un procès et à une intervention judiciaire, l'action ne précède le droit matériel ni n'épuise sa nature.

pourquoi le droit classique romain n'est pas arrivé à la notion d'une action unique, mais s'est contenté d'édifier plusieurs actions séparées¹.

6. Cette manière d'édifier le droit de défense permet dans une très large mesure de préciser avec plus d'exactitude l'objet du procès civil romain. Le demandeur introduit une action nettement distincte et le défendeur conteste l'existence de cette action. L'objet du contrat conclu par la *litis contestatio*, et partant du procès, consiste à trancher le différend, à établir si le demandeur a en effet l'action intentée.

Dès l'introduction de sa requête en vue d'obtenir la protection légale, le demandeur indique quelle est selon lui l'action à laquelle il considère avoir droit et réclame du magistrat la délivrance d'une formule qui comprenne cette action. Si les affirmations du demandeur s'avèrent fondées et si le défendeur conteste cette action, le magistrat délivre la formule qui comprend éventuellement aussi les objections du défendeur. De cette manière le problème devant être résolu par le juge se résume à savoir si le demandeur a l'action délivrée par la formule comme il l'affirme, ou si, comme l'affirme le défendeur, cette action n'est pas établie. Une telle possibilité existe, non seulement lorsque le demandeur n'aura en général pas l'action intenté mais aussi lorsqu'elle est paralysée par une objection du défendeur (exception).

Ainsi donc, le différend sur l'existence de l'action prétendue par le demandeur est une *conditio sine qua non* pour l'ouverture de procès, et son objet consistera à trancher ce différend.

Bien qu'étroitement lié aux notions fondamentales du droit romain procédural telles que la notion même du procès, l'action, la formule, etc., le problème posé par l'objet du procès civil romain n'a pas été — à ma connaissance — examiné jusqu'ici sous cet aspect. Ceci est dû peut-être au fait que les juristes romains n'ont pu accorder une attention suffisante au procès et à ses éléments, étant occupés exclusivement à l'application pratique du droit matériel et à son adaptation aux besoins de la vie quotidienne. Cette question mérite cependant toute notre attention, car elle indique l'une des différences les plus caractéristiques entre le procès romain et le procès contemporain. Or, en faisant ressortir ce dernier, on pourra non seulement comprendre le premier, mais on pourra aussi mettre en lumière sous un jour nouveau certaines institutions romaines procédurales, telles que *in iure cessio*, *confessio*, *iusiurandum in iure*, *indefensio* et établir leurs points de contact et leurs relations réciproques.

Dans notre procédure le procès civil s'introduit en informant le défendeur des prétentions émises et le procès commence sans que l'on prenne en considé-

*

¹ Le fait que pour les Romains le droit matériel apparaît indissolublement rattaché à la possibilité de la défense judiciaire, n'est pas dû au hasard. Dans la formation et l'établissement du droit on ne peut faire une délimitation exacte des notions de droit. En outre dans ce droit qui s'est établi comme le reflet des conflits et luttes sociaux, le processus de son établissement comporte une nature dynamique beaucoup plus soutenue que par la suite lorsqu'il s'était affermi et imposé. C'est pourquoi pendant les premiers stades de l'évolution du droit, le droit subjectif s'exprime non pas différemment mais par l'action. Les Romains qui n'avaient pas l'esprit formé vers des notions théoriques abstraites sans relations avec la pratique judiciaire, ont gardé jusqu'à la fin cette confusion entre le droit subjectif et l'action. Dans le droit romain l'action garde jusqu'à la fin son caractère mixte hétérogène. La séparation de la notion d'« action » d'avec celle de « droit matériel » est le résultat de la pensée juridique moderne.

ration si dans l'action introduite par le demandeur il existe ou non un différend entre les parties. Par contre, à Rome, dans la procédure *in iure* qui permet au magistrat de vérifier les conditions de l'apparition du procès civil, on précise en même temps s'il existe ou non un litige entre les parties concernant l'action introduite par le demandeur. Lorsqu'il est prouvé qu'il n'y a pas entre les parties un différend sur cette question, le procès n'a pas lieu.

Ainsi, dans notre procédure civile il y a toujours procès lorsque le demandeur requiert la protection de la loi des organes judiciaires compétents par la voie légale. D'après le droit romain, pour qu'il y ait procès il n'est pas suffisant que le demandeur ait introduit une demande auprès du magistrat. Il faut que ce dernier constate que le demandeur a besoin de cette protection de la loi, car le défendeur conteste ces prétentions émises. C'est par suite de cette différence fondamentale dans la construction du procès civil romain et du procès actuel qu'apparaît aussi la différence de leur objet. Alors que l'objet du procès civil actuel consiste dans le droit du demandeur, sans que l'on considère s'il y a ou non contestation, l'objet du procès civil romain consiste seulement dans le droit contesté du demandeur. Sans contestation de l'action il n'y a pas de procès. C'est pourquoi selon le droit classique romain dans le cas de *in iure cessio*, *confessio*, *iusiurandum in iure*, *indefensio* le procès est toujours exclu.

Les particularités de l'*indefensio* et celles de l'aveu et du serment nécessaire, vues sous l'angle de la nature contractuelle du procès romain et en relation avec l'objet de ce dernier, deviennent parfaitement compréhensibles et ces institutions ressortent avec netteté dans leurs contours et leurs liens intérieurs. L'examen de ces institutions vient ainsi appuyer nos déductions formulées dans cet article sur l'objet du procès classique romain.
